توثيق الشروط الجعلية في عقد الزواج
دارسة تحليلية في ضوء الشريعة والقانون والاجتهاد القضائي.

إعداد: سعيد خنوش؛ أستاذ مساعد
كلية العلوم الإسلامية- جامعة الجزائر-1

تمهيد

لئن كانت نظرة النظم الغربية للزواج نظرة مادية بحتة، مجانبة للفطرة التي فطر الله الناس عليها، باعتبار الزواج عندهم مجرد متعة جسدية، وشركة قائمة إلى حين، فإن الإسلام نظر إلى الزواج على أنه رباط مقدس وعقد متين ورباط وثيق، سماه الله تعالى في محكم التنزيل "بالميثاق الغليظ" الذي أخذه على الزوجين قال ﷻ: ﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقاً غَلِيظا ﴾[1]. قال المفسرون: الميثاق الغليظ: هو قوله ﷻ: « فاتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله»[2]. والشاهد في الحديث أن استحال الفرج المحرم، كان سببه هذا الميثاق الغليظ.

ولقد أحاط الله تعالى هذا الميثاق بجملة من المؤيدات[3] الشرعية الحامية له من الانحلال والتفكك، ولعل من أهمها، بيان الحقوق والواجبات التي يلتزم بها كل طرف من أطراف العقد، كي تستمر الألفة والمودّة والأمان.

كما أن الشرع الحنيف أباح للزوجين حماية زواجهما بجملة من المؤيدات الجعلية، والتي ونعني بها جميع الاحترازات والتدابير التي يتخذها الزوجان من محض إرادتهما بغية المحافظة على زواجهما، ومن ذلك موضوع الشروط المقترنة بعقد الزواج.

ولئن كانت الشروط في العصور الأولى تخضع لأمانة الرجل ودينه وأخلاقه، فإنه وفي ظل ضعف الوازع الديني والخلقي لأبناء هذا العصر، باتت الحاجة ماسة لتوثيق الشروط الجعلية أمام السلطات المحلية المخولة قانونا بهذا الأمر، وذلك ضمانا لاستمرارية عقد النكاح ودوام بقائه.

تعريف الشرط في عقد النكاح

عرفه الدكتور وهبة الزحيلي بقوله: "هو ما يشترطه أحد الزوجين على الآخر مما له فيه غرض. ويراد بها الشروط المقترنة بالإيجاب أو القبول، أي أن الإيجاب يحصل ولكن يصاحبه شرط من الشروط"(4).

وعرفه الدكتور عبد القادر داودي بقوله: "هو ما يشترطه أحد أطراف العقد مما يريد به تحقيق منفعة لنفسه، أو تقليص حدود منافع غيره، ويرضى به الطرف الثاني عن طيب نفس منه مختارا غير مكره"(5).

وعرفه الدكتور أحمد الغندور بقوله: "وهو أن تكون فيه صيغة العقد منجزة، ولكنها اقترنت بشرط يشترطه أحد الزوجين لتحقيق مصلحة له"(6).

ويتضح لنا من التعاريف السابقة أن:

- المعتبر في الشروط المقترنة بالعقد – في تعريف الزحيلي- هو ما كان في مجلس العقد فقط، وقد عبّر عنه (بالإيجاب و القبول)، ويفهم من هذا أن الشروط السابقة عن مجلس العقد، والشروط اللاحقة تكون غير معتبرة.

- وفي قوله: (أن الإيجاب يحصل ولكن يصاحبه شرط من الشروط) إشارة منه إلى ضرورة التفريق بين العقد المقترن بشرط ، والعقد المعلق على شرط(7)، فالإيجاب يحصل في الأول، ولا يحصل في الثاني لأن صيغته لا تكون منشئة العقد في الحال، بل ينشأ العقد متى وجد الشرط المعلق عليه، أما الأول فإنه يقع مُنَجّزاً(8)، (9).

– ويفهم من تعريف الدكتور داودي أن الشروط المقترنة بالعقد لا بد أن يرضى بها الطرف الثاني، وأن يكون الرضا غير مشوب بعيب من عيوب الإرادة[10]، كالإكراه[11] والغلط[12]، وإلا كانت الشروط غير معتبرة شرعا وقانونا[13]، وهذا ما نبه عليه الإمام أبو زهرة بقوله: " ولكن عقد الزواج عند إنشائه ربما لا تتوافر فيه كل عناصر الرضا الصحيح، كأن تكون خديعة.... ففي هذه الأحوال وأشباهها يكون للعاقد الذي لم يكن رضاه على أساس صحيح حق الفسخ....وذلك سيراً على القاعدة الفقهية التي تقرر أن: ((كل عيب في الرضا يجعل للعاقد الحق في الفسخ))[14].

– وأهم ما جاء في تعريف الدكتور الغندور: أن العقد في حالة اقترانه بالشرط فإنه يقع منجزا، وهذا ما وافقه عليه الدكتور الزحيلي في تعريفه السابق. والتنجيز في العقود هو الأصل عدا الوصية والإيصاء[15] فإنهما بطبيعتهما لا يكونا إلا بعد الموت[16].

دواعي تويثق الشروط عند فساد أحوال الناس.

جاء في الحديث الصحيح أن النبي ﷺ قال: « إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه؛ إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير»[17]، ففي هذا الحديث علق النبي ﷺ قبول الأولياء لمن تعرض لوليتهم بالخطبة على معيارين أساسيين؛ هما الدين والخلق، فالتدين العاري عن الخلق السليم والسلوك القويم لا ينفع صاحبه ولا يجعله أهلا للمصاهرة، وكذلك الخلق البعيد عن أطر الدين الحنيف لا يعتبر معيارا صحيحا.

ولقد كان الأوائل من هذه الأمة، على درجة عالية من الخلق والدين وهذا ما أدى بالإمام مالك رحمه الله؛ أن يستنكر أمر الشروط في الزواج، وأنه كتب في المنع من ذلك كتابا للخليفة، وصيح به في الأسواق، حيث جاء في كتاب المنتقى للباجي:" قال مالك: ولقد أُشِرت منذ زمان أن أنهى الناس أن يتزوجوا بالشروط، وأن لا يتزوجوا إلا على دين الرجل وأمانته، وأنه كتب بذلك كتابا وصيح به في الأسواق، وتعلق في ذلك ابن حبيب[18] بما روي عن عائشة قالت قام

رسول الله ﷺ فقال: « ما بال الناس يشترطون شروطا ليست في كتاب الله من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له وإن شرط مائة شرط شرط الله أحق وأوثق»[19]، ولذلك كانت الشروط مكروهة في الجملة في مذهب الإمام مالك، قال الإمام الباجي: " وهذه الشروط في الجملة مكروهة . قال ابن حبيب يكره أهل العلم الشروط في النكاح وإيقاع شهادتهم عليها؛ وروى أشهب[20] عن مالك في كتاب محمد[21] والعتبي[22]: إني لأكره أن ينكح على مثل هذا أحد؛ لا يخرجها من بلدها؛ ولا يمنعها من داخل يدخل عليها؛ ولا يمنعها من حج ولا عمرة؛ قال: فإذا كان هكذا فهو لا يملكها إذا ملكا تاما، ولا يستباح البضع إلا بملك تام، ويكره أن يشترط في تملكه هذه الشروط التي تمنع تمام ملكه " [23].

لكن أقول: أين الأمانة والخلق في عصرنا هذا؟ وقد أخبر النبي ﷺ برفعهما في آخر الزمان، كما في الحديث الذي أخرجه البخاري عن حذيفة بن اليمان قال: حدثنا رسول الله ﷺ حديثين، رأيت أحدهما وأنا أنتظر الآخر: حدثنا « أن الأمانة نزلت في جذر قلوب الرجال[24]، ثم علموا من القرآن، ثم علموا من السنة[25]؛ وحدثنا عن رفعها قال: ينام الرجل النومة، فتقبض الأمانة من قلبه، فيظل أثرها مثل أثر الوكت[26]، ثم ينام النومة فتقبض فيبقى أثرها مثل المَجْل[27]، كجمر دحرجته على رجلك فنفط[28]، فتراه مُنْتَبِراً[29] وليس فيه شيء، فيصبح الناس يتبايعون، فلا يكاد أحدهم يؤدي الأمانة، فيقال: إن في بني فلان رجلاً أميناً، ويقال للرجل: ما أعقله وما أظرفه[30] وما أجلده[31]، وما في قلبه مثقال[32] حبة خردل[33] من إيمان؛ ولقد أتى عليّ زمان[34] وما أبالي أيكم بايعت[35]، لئن كان مسلماً رده عليّ الإسلام، وإن كان نصرانياً رده عليّ ساعيه[36]، فأما اليوم: فما كنت أبايع إلا فلاناً وفلاناً[37].»[38].

وأنا أقول: أن الأمانة هي الدين كله[39]، فإذا رفعت من بين الناس، حل الخوف وعدم الأمن على الأموال والأعراض والفروج، لذلك كان من الضروري في عصرنا هذا؛ أن يتدخل المشرع ليضع حدا لتلاعب الناس بأقدس عقد على الإطلاق وهو الزواج.

تقول الدكتورة العلواني في تعليقها على فتوى الإمام مالك في منع الناس من أن يتزوجوا على الشروط:" قلت: هذه الفتوى تتناسب مع زمن الإمام مالك ودينه وأمانته، فإن الشروط مع

الدين والأمانة لا قيمة لها، أما الشروط مع الغش والكذب والبهتان والتدليس، فلها قيمة في نظري في الفقه الإسلامي، وفي التشريع للناس، لأن الناس -في ذلك الزمن- هم خلاصة عصره وفكره ومبادئه، ولا يمكن أن نطابق قول الإمام مالك في هذا العصر، لأن ذلك يعد تهاونا بحق الزوجة، ونية حسنة غير محمودة تؤدي إلى تضييع الحقوق، أما القول بأن مريد الزواج عليه أن يحسن الاختيار فيستغني بذلك عن الاشتراط، فهذا شأن الناس جميعا، وقليل هم أصحاب الدين والأمانة، ثم إن التدليس القائم في الزواج في هذه الأيام يدفع هذا القول إلا من رحم ربك، وهو من عموم البلوى التي أصابت الناس جميعا"[40].

ويتضح لنا من الكلام السابق: أن الأحكام الاجتهادية والفتاوى التي تصلح لزمن ما؛ لا يمكن أن يظل صلاحها مستمرا أبد الدهر، فلا بد للمجتهد في كل عصر أن يحدث للناس من فتاوى بقدر ما أحدثوا من الفجور كما قال الإمام مالك[41] رحمه الله.

وفي هذا الصدد يقول الأستاذ مصطفى الزرقا[42] رحمه الله:" من أسباب تبديل الأحكام الاجتهادية في فقه الشريعة الإسلامية اختلاف الأوضاع والأحوال والوسائل الزمنية عما كانت عليه في السابق حينما قررت تلك الأحكام، وذلك إما لتطور الأوضاع والأساليب الإدارية والتنظيمية، ....التي غيرت مجرى الحياة كلها في عصرنا الحاضر، وإما لفساد طارئ على أخلاق الناس العامة؛ فقد قرر الفقهاء في هذا المقام تلك القاعدة الشهيرة القائلة:((لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان))؛ وفي هذا الموضوع يقول العلامة ابن عابدين[43]:" إن كثيرا من الأحكام يبنيها المجتهد على ما كان في زمانه، فتختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله، أو لحدوث ضرورة، أو لفساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه للزم منه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد لأجل بقاء النظام على أحسن إحكام، ولهذا ترى فقهاء المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به أخذا

من قواعد مذهبه"..."[44].

يقول الأستاذ نبيل صقر[45]: لا يخفى أن مما يتميز به عصرنا هذا، زيادة حاجة الناس فيه إلى المشارطات في العقود، وذلك نتيجة لدخول المبادئ القانونية في تشريعنا المدني، واتساع الحرية الفردية، ورغبة كل إنسان في تأسيس حياته وفقا لظروفه الخاصة، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، أن كثيرا من وقائع الزواج التي يسيء فيها الرجل معاملة زوجته كانت حافزا للمرأة في أن تفكّر في حماية نفسها ومصالحها بشروط تشترطها في العقد[46].

ضرورة التنصيص على الشروط

ونقصد بالتنصيص: هو ذكر الشروط المقترنة بالعقد صراحةً وكتابةً في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، بشرط يكون قبل الدخول.

وإنما شرع ذكر الشروط في صلب العقد تفاديا لكل ما يمكن أن يحصل من منازعات بين الزوجين حول هذه الشروط؛ ويمكن تناول هذه المسألة في النقاط التالية:

1- إثبات الحقوق في الفقه الإسلامي

عُرّف الإثبات عند الفقهاء بأنه: " إقامة الدليل الشرعي أمام القاضي في مجلس قضائه على حق أو واقعة من الوقائع"[47].

المقصود من الإثبات؛ وصول المدعي إلى حقه أو منع التعرض له ، فإذا أثبت دعواه لدى القاضي بوجهها الشرعي، وتبين أن المدعى عليه منعه حقه، أو تعرض له بغير حق، يمنعه القاضي عن تمرده في منع الحق، ويوصله إلى مدعيه.

وهناك طرق كثيرة ذكرها العلماء لإثبات الحقوق؛ ولعلّ من أهمها: الإقرار- البينة-اليمين- والشهادة.... ومن الفقهاء من لم يحصر طرق الإثبات في أنواع معينة، بل قال: إن كل ما يبيّن

الحق ويظهره يكون دليلا يقضي به القاضي ويبني عليه حكمه؛ وهذا ما قاله ابن القيم، وتبعه في ذلك بعض الفقهاء كابن فرحون[48] من المالكية.

فقد جاء في الطرق الحكمية: " والمقصود أن البينة في الشرع؛ اسم لما يبين الحق ويظهره، .... فقوله ﷺ البينة على المدعي، أي عليه أن يظهر ما يبين صحة دعواه، فإذا ظهر صدقه بطريق من الطرق حكم له"[49].

ويمكن تعريف أهم طرق الإثبات فيما يلي:

فالإقرار: هو إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه.

واليمين: هي الحلف بالله تعالى من طرف المدعى عليه، وبتوجيه من القاضي وطلب من المدعي، وذلك عند عدم وجود البينة[50].

والبينة: فهي الحجة الواضحة، سميت الحجة بينة لوضوح الحق وظهوره بها.

وأما الشهادة في اللغة: البيان والإظهار لما يعلمه الشاهد، وأنها خبر قاطع[51].

وشرعا: هي الإخبار في مجلس الحكم بلفظ الشهادة لإثبات حق للغير على الغير[52]

والأصل في إقامة البينة على الدعاوى[53]؛ ما جاء عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه»[54]، والحديث دال على أنه لا يقبل قول أحد فيما يدعيه بمجرد دعواه، بل يحتاج إلى البينة أو تصديق المدعى عليه، فإن طلب يمين المدعى عليه فله ذلك، وإلى هذا ذهب سلف الأمة وخلفها، والحكمة في كون البينة على المدعي، أن جانب المدعي ضعيف لأنه يدعي خلاف الظاهر، فكُلِّف الحجة القوية وهي البينة فيقوى بها ضعفه، وجانب المدعى عليه قوي لأن الأصل أفطر ذمته[55] فاكتفي منه باليمين[56].

قلت: وهذا مايؤكد القاعدة القانونية القائلة: ((الأصل في المتهم البراءة، حتى تثبت إدانته)). وجاء أيضا في حديث النبي ﷺ « البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[57]، وقد أجمعت الأمة على أنها حجة يبنى عليها الحكم[58].

ولما كان عقد الزواج في نظر الإسلام عقد خطير وعظيم، حيث تترتب عليه مصالح دينية ودنيوية، كان لابد من الإشهاد عليه، وإخراجه من دائرة السر والكتمان إلى دائرة الإعلان والبيان، وفي ذلك يقولe « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»[59].

وبما أن الشروط في عقد الزواج هي جزء من هذا العقد، بل إن استمراره متوقف عليها، كان لابد أيضا من الإشهاد على الشروط، وهذا ما أقرّه الفقه الإسلامي، حتى يسهل إثبات الشروط المدعاة، ويستطيع العاقد المطالبة بها أمام القضاء[60] في حال نكرانها وجحودها.

2 – توثيق الشروط في قانون الأحوال الشخصية

لقد اشترطت جل قوانين الأحوال الشخصية ضرورة توثيق الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، حتى يسهل تقديمها كبيّنة أمام القضاء في حالة إقامة الدعوى، أو في مجلس الصلح في حال التنازع حول شرط من الشروط.

حيث أنه جاء في المادة19 من قانون الأسرة الجزائري(الأمر:05 – 02): " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق؛ كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام القانون".

فقول المشرع:" أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق" دليل على وجوب التوثيق، وأنه الوسيلة الوحيدة المقررة قانونا لإثبات الشروط في حال التنازع حولها، ولم يذكر

المشرع وسائل أخرى مثل شهادة الشهود، واليمين، والنكول، ويبقى ذلك لاجتهادات المحكمة العليا باعتبارها الجهة القضائية الوحيدة المخولة قانونا بتوحيد الاجتهاد القضائي الوطني[61]، فهل يخضع إثبات الشروط في عقد الزواج لما هو مدون في العقد فقط، وبالتالي يكون الإثبات بالسند القانوني المقدم من طرف المدعي، أو أن الإثبات يبقى خاضعا للقواعد العامة المقررة في إثبات الدعاوى.

ومما لاشك، فيه هو أن إقرار أحد الزوجين بصحة الشرط الذي اشترطه زوجه، يكون مقبولا لدى القضاء إعمالا للقاعدة القانونية: ((الاعتراف سيّد الأدلة)).

وكذلك فعل المشرع المصري في ضرورة التنصيص على الشروط، حيث جاء في المادة09 من مشروع قانون الأحوال الشخصية المصري لعام1926:" إذا اشترطت الزوجة في عقد الزواج شرطا فيه منفعة لها ولا ينافي مقاصد النكاح كأن لا يتزوج عليها أو أن يطلق ضرتها، أو ألا ينقلها إلى بلد آخر؛ صح الشرط ولزم؛ وكان لها حق فسخ النكاح إذا لم يف لها بالشرط ، ولا يسقط حقها في الفسخ إلا إذا أسقطته أو رضيت بمخالفة الشرط"[62].

فقول المشرع:" إذا اشترطت الزوجة في عقد الزواج شرطا..." إشارة إلى وجوب تدوين الشروط المصاحبة للعقد، لأن حرف الجر "في" للظرفية، فيقتضي أن يكون هذا الشرط في نفس العقد.

وجاء في قانون الأحوال الشخصية الكويتي، في المادة 41 منه:" يجب أن يكون الشرط مسجلا في وثيقة العقد"[63]، ولعل القانون الكويتي كان أوضح من سابقيه في هذه المسألة، حيث أنه ذكر التسجيل صراحة، وأفرد له مادة كاملة، في حين ذُكِر التسجيل في القانون الجزائري والمصري ضمناً لا صراحة.

ولقد تبع قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، ما نص عليه القانون الكويتي في وجوب توثيق الشروط، حيث جاء في المادة:20 فقرة 06 من قانون(28 – 2005):" لا يعتد عند الإنكار

بأي شرط؛ إلا إذا نُصّ عليه كتابةً في عقد الزواج الموثق"[64].

وذكر قانون الأحوال الشخصية السوري ذلك أيضا بقوله في المادة07: " تجبر الزوجة على السفر مع زوجها، إلا إذا اشترط في العقد غير ذلك، أو وجد القاضي مانعا من السفر"[65].

وكذلك جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني، ضرورة تسجيل الشروط في وثيقة العقد، حيث جاء في المادة رقم 19 من قانون رقم 2 لسنة 1976 المنشور بتاريخ 01 / 12 / 1976: "إذا اشترط في العقد شرط نافع لأحد الطرفين، ولم يكن منافياً لمقاصد الزواج ولم يلتزم بما هو محظور شرعاً وسجل في وثيقة العقد، وجبت مراعاته..."[66].

أما مدونة الأسرة المغربية فإنها ذكرت في الفصل 31:" للمرأة الحق في أن تشترط في عقد النكاح ألا يتزوج عليها، وأنه إذا لم يوفي الزوج بما التزم به؛ يبقى للزوجة حق طلب فسخ النكاح". ويفهم من هذا النص أن الشروط يجب أن تكون مكتوبة في صلب العقد، ويدل عليه قول المشرع:" أن تشترط في عقد النكاح".

وقال الأستاذ عبد الكريم شهبون في شرحه لهذا الفصل:" واشتراط المرأة ألا يتزوج عليها، ولها الخيار إن فعل، يعتبر عادة من عقود التطوعات، وتكره كتابته في صلب العقد، وهو من الشروط التي لا تتفق مع العقد ولا تنافيه، فإذا وقع الشرط وكُتب داخل العقد عمل عليه، وثبت لها الخيار، فإن لم يجعل لها خيارا، وإنما اشترط لها عدم الزواج، استحب له الوفاء بالشرط ولا يلزمه، وقال جماعة من الفقهاء يلزمه، والقول بالزوم أولى"[67].

وخلاصة القول:

أن مسألة توثيق الشروط في وثيقة رسمية، أمر كادت أن تجمع عليه قوانين الأحوال الشخصية العربية، وأن إقامة دعوى مخالفة الشروط؛ لا تسمع أمام القضاء إلا عند تقديم وثائق رسمية، ولعل ما ذهبت إليه القوانين في ذلك؛ هو أمر يحقق المصلحة العامة ويتماشى ومقتضيات فساد الزمان، كما أن أمر استبعاد الشهود في هذه المسألة الحساسة أمر منطقي في اعتباري الشخصي، لأن الاشتراط بين المتعاقدين مسألة يكتنفها الغموض، حيث يأخذ تثبيت شرط ما؛ كثيرا من الأخذ والرد والزيادة والنقصان بين العاقدين، الشيء الذي يمنع استقرار شهادة الشهود على أمر معين، وبالتالي لا ينفع في هذه الحالة إلا التوثيق في وثيقة رسمية أمام عون مكلف بذلك، مع توقيع العاقدين على الوثيقة معا.

يقول الأستاذ بدران أبو العينين: وقد كان المشرع في وضع هذه القيود والشروط القانونية؛ متبعا للمبدأ العام المقرر في الشريعة الإسلامية: وهو أن القضاء يتخصص بالزمان والمكان والحوادث والأشخاص، وأن لولي الأمر أن يمنع قضاته من سماع بعض الدعاوي، وأن يقيد سماعها بما يراه من القيود تبعا لأحوال الزمان، وحاجة الناس، صيانة للحقوق من العبث والضياع.

وقد قصد المشرع من وضع هذه القيود والشروط القانونية، أن يحقق الأغراض الأساسية ذات الأثر الكبير في الحياة الاجتماعية- نذكر منها-:

-حفظ حقوق الزوجين، وحماية مصالحهما الناشئة عن الزواج، بصيانة عقد الزواج الذي هو أساس رابطة الأسرة عن العبث والضياع بالجحود والإنكار، إذا ما عقد اثنان-أو اشترطا- بدون وثيقة رسمية، ثم أنكره أحدهما، وعجز الآخر عن الإثبات، فلو كان عقد زواجهما-أو شروطهما- مسجلة في وثيقة رسمية لم يكن هناك مجال للإنكار.

منع ذوي الأغراض السيئة من أن يرفعوا دعاوي الزوجية-وما يلحق بها- أمام القضاء زورا وبهتانا، فقد أثبتت الحوادث الكثيرة السابقة على وضع هذه الشروط والقيود القانونية، أن بعض من لا خلاق لهم كانوا يرفعون قضايا زوجية أمام المحاكم، لا أساس لها من الصحة، للنكاية والكيد بالمدعى عليه أو للتشهير به، أو لغير ذلك من الأغراض السيئة، اعتمادا على سهولة إثبات الزوجية-ولواحقها- بشهادة الشهود[68].

مسؤولية الموثق وضابط الحالة المدنية في تثبيت الشروط

إن الموظف المؤهل قانونا للقيام بتحرير وتسجيل عقد الزواج داخل الوطن بين الجزائريين وغير الجزائريين؛ هو إما الموثق التابع للمحكمة، أو ضابط الحالة المدنية التابع للبلدية، ووظيفة ضابط الحالة المدنية محددة بنص المادة03 من قانون الحالة المدنية، الصادر بموجب الأمر رقم:70 - 20 في 19 - 02 - 1970م، وبنص المادتين: 72 - 73 منه، وتتلخص أساسا في تلقي التصريح بالولادات والوفيات وتحرير عقود الزواج وإثباتها وتدوينها في سجلات الحالة المدنية.

ووظيفة الموثق محددة بنص المواد:71 - 72 - 73 من نفس القانون، وتتلخص في تحرير عقد الزواج ومراعاة البيانات الواجب إدراجها في العقد.

فهل يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتحقق من صحة أو عدم صحة ما يدلى به إليه من تصريحات ووقائع وشروط تتعلق بعقد الزواج؟ وهذا ما نتبيّنه فيمايلي[69]:

أولا: سلطة التحقق من موافقة النظام العام

في الحقيقة أن قانون الأسرة لم يتحدث مطلقا عن سلطة ضابط الحالة المدنية والموثق بشأن فحص ومراقبة شروط انعقاد الزواج أو شروط صحته، ولم يتحدث أيضا عن مسؤولية الأخطاء التي يمكن أن يرتكبانها أثناء قيامهما بمهامهما.

وبالرجوع إلى قانون الحالة المدنية، خاصة المادة77 منه؛ فإنها تنص على معاقبة كل من ضابط الحالة المدنية والموثق اللذين لا يحترمان تطبيق الإجراءات أو الأشكال والقواعد المتعلقة بكيفية إبرام وتحرير عقود الزواج وتسجيلها.

وبناءً على ذلك فإنه إذا كان القانون يتطلب لإبرام عقد الزواج تقديم مستندات معينة مثل المستندات المنصوص عليها في المادة 75 من قانون الحالة المدنية، والمتعلقة بزواج المطلقة أو المتوفى عنها زوجها، أو يتطلب صفة أو حالة معينة مثل الحالات والصفات المنصوص عليها في المواد 07 و09 و09 مكرر من قانون الأسرة، والتي تنص على سن أهلية الزواج وتوفّر ركن الرضا وشرط الولي والصداق والشاهدين والموانع الشرعية للزواج، فإن من حق الموثق وضابط الحالة المدنية التحقق من توافر جميع ما يتطلبه القانون، فيقوم بتحرير العقد عندئذ، أو يرفض تحريره إذا تبين له خلاف ذلك.

ويمكننا القول بأن القانون قد حصر سلطة ضابط الحالة المدنية والموثق في حالة واحدة هي الشروط التي وقع النص عليها في القانون بوصفها من الإجراءات التنظيمية بقصد ضمان انعقاد العقد وضمان صحته وفقا للشكل والهدف الذين يتوخاهما المشرع، ولا يجوز للمتعاقدين مخالفتها باعتبار ذلك من قواعد النظام العام(70).

ثانيا: سلطة التحقق من صحة الشروط التي شرعت لحماية مصلحة الزوجة

لابد من القول بأن هناك شروط نص عليها القانون من أجل تدعيم مصلحة أحد المتعاقدين وضمان حمايتها، ويجوز لمن شرعت لمصلحته أن يتنازل عنها ويقبل الشروط التي تخالفها، ولا تخالف نصا آمرا أو ناهيا في القانون(71).

لذلك فإذا كان القانون قد أباح تعدد الزوجات متى توفر المبرر الشرعي، ووجدت نية العدل، بشرط أن يخبر الزوج زوجتيه السابقة واللاحقة بذلك، قبل إبرام عقد الزواج الثاني، فإن هذا الشرط قد اشترطه القانون لمصلحة الزوجتين، فإنه يجوز للزوجة الأولى أن تتنازل عنه، ويجوز

للزوج أن يشترط على الزوجة الأولى أثناء العقد، ألا يعلمها بعزمه على الزواج من غيرها ثانية عندما يرغب في ذلك.

والنتيجة لهذا كله، هي أن الموثق أو ضابط الحالة المدنية أو غيرهما ممن يكون مؤهلا قانونا بتحرير عقود الزواج وتسجيلها، لايجوز له أن يتدخل بين الزوج وزوجته ويطلب منه تقديم بيان يدل على أنه قد أعلم الزوجة الأولى والثانية، أو يرفض تحرير عقد زواجه الثاني، ذلك أن قانون الأسرة الذي منح الرجل حق الزواج بأكثر من زوجة عندما يتحقق شرط مبرر شرعي وشرط نية العدل وشرط إخبار كل واحدة من الزوجتين، لم يمنح الموثق ولا غيره سلطة التحقيق في توفر أو عدم توفر هذه الشروط كلها أو بعضها، كما أن القانون لم ينص صراحة ولا ضمنا على أن يكون تحرير عقد الزواج الثاني موقوفا أو معلقا على تقديم الزوج بيانا أو دليلا رسميا أو غير رسمي يثبت قيام المبرر الشرعي أو توفر نية العدل أو يثبت إخبار الزوجتين بعزمه على الزواج، وإنما منح القانون كل واحدة من الزوجتين عندما يبرم الزوج زواجا جديدا دون إعلامها أن تلجأ إلى القضاء وتستعمل حقها في طلب الطلاق عندما لا ترضى بهذا الزواج الجديد الذي حصل دون أخذ رأيها ودون رضاها.

وخلاصة القول:

أن الشروط التي شرعت لحماية مصلحة الزوجة وتضمنها المادة08 من قانون الأسرة ليست من النظام العام ويجوز للزوجة أن تتنازل عنها وتقبل بزواج زوجها ثانية، حتى ولو لم يوجد له مبرر شرعي، وحتى لو لم يخبرها بزواجه الثاني مسبقا[72].

ثالثا: سلطة التحقق من الشروط التي لم ينص عليها القانون

هناك شروط لم يقع النص عليها في القانون بشكل معين أو محدد، وإنما وقع النص على السماح للمتعاقدين أو أحدهما أن يشترطا في عقد الزواج ما يراه مناسبا ويهدف إلى حماية مصلحة معينة له؛ على ألا يكون ما يشترطانه من شروط يخالف ما نص عليه القانون أو يتناقض

مع مقتضيات العقد نفسه، وهو معنى القاعدة الفقهية المعروفة: ((العقد شريعة المتعاقدين)).

وهنا ترك القانون الحرية الكاملة للزوجين المتعاقدين في اشتراط ما يريده أي أحد منهما من الشروط الاحتياطية التي تضمن مصالحه أثناء قيام الحياة الزوجية أو بعد انفصامها.

ولقد قيد القانون حرية الاشتراط بعدم المساس بالنظام العام وعدم التنافي مع أحكام قانون الأسرة، والسؤال الذي ينبغي طرحه هو: هل يستطيع الموثق وضابط الحالة المدنية التحقق من صحة هذه الشروط أم لا؟

يفترض فيمن يقوم بتسجيل عقد الزواج سواء الموثق أو ضابط الحالة المدنية أو غيرهما، أن يكون مطلعا إطلاعا كافيا على أحكام قانون الأسرة، وقادرا على التمييز بين ما يمكن اعتباره مخالفا للقانون أو غير مخالف، حتى يتسنى له قبول هذا الشرط أو عدم قبوله.

يقول الأستاذ عبد العزيز سعد: والذي نعلمه و لمسناه من كثرة اتصالنا بهؤلاء وأولئك، هو أنه من الصعب عليهم جدا أن يقدوا على التمييز بين الشروط المخالفة للقانون والشروط الموافقة له، وأكثر من هذا وذاك أن المستوى الثقافي والتكويني للموثقين وضابط الحالة المدنية لا يسمح للكثير منهم بمعرفة ذلك، فإذا منحت لهم سلطة تقييم الشروط وفحصها وهم على ما هم عليه اليوم، فقد يرتكبون أخطاء ويتسببون في خلق مشاكل لأنفسهم وللمواطنين لا يُعرف مداها ولا آثارها.

لذلك وإن كنا نعتقد أن لكل موظف مؤهل قانونا لتسجيل عقد الزواج، سلطة مراقبة الشروط التي يشترطها الأزواج المتعاقدون، ومقارنتها بما يتنافى أولا يتنافى مع أحكام قانون الأسرة؛ باعتبار أن ذلك يدخل ضمن إطار عملهم وحرصهم على تطبيق القانون تطبيقا سليما، فإننا نعتقد مع ذلك أنه يجب ألا يتخذ هؤلاء الموظفون موقفا صلبا اتجاه المتعاقدين، وألا يتعسفوا في استعمال هذه السلطة بشكل عشوائي.

هذا، ولقد كنا نفضل لو أن قانون الأسرة تضمن نصا صريحا واضحا يمنح المواطن الذي يرفض الموظفون تسجيل عقد زواجه؛ بدعوى مخالفة شروطه للقانون؛ حق اللجوء للقضاء ليؤكد هذا الرفض أو يقرر صحة الشروط بموجب أمر على عريضة يقدمها الزوجان معا، أو أحدهما إلى رئيس المحكمة التي يوجد بها مقر الموظف الذي رفض تحرير عقد زواجهما[73].

قلت: أرى أنه ما دام أن القانون لم يمنح سلطة فحص هذا النوع من الشروط، ربما عن قصد منه، وذلك لصعوبة تقسيم الشروط عند الفقهاء من جهة، ومن جهة أخرى عدم إمكانية حصر الشروط في هذا العصر، وقد أخذ الناس يتفنّنون في ابتكارها، فإنه من الواجب على مسجل عقد الزواج ألا يتسبب في عدم تسجيله وتأخير مصالح الناس بدون سبب، بل عليه أن يقوم بالتسجيل ويترك الأمر -في حالة نشوب نزاع- للعدالة المخولة قانونا بالفصل في المنازعات التي تثور بين المتخاصمين.

كما أنني أرى أن سلطة الموثق وضابط الحالة المدنية، يجب أن تكون إرشادية وتوجيهية لما هو مقبول شرعا وقانونا، حتى لا يقع العاقد حسن النية في شرط غير مشروع.

وحقيقة، ينبغي للمشرع إعادة النظر في مسألة الشروط، بشيء من التفصيل والبيان، ليبتعد بذلك عن العموم والإجمال الذي يحيط به اللبس والغموض، وذلك على غرار ما فعله المشرع في قانون الأحوال الشخصية المغربي والأردني والإماراتي، حيث فصّل في هذه المسألة لخطورتها، باعتبارها ترتب حقوقا والتزامات، فبيّن فيها المشرع الشروط الصحيحة والشروط الباطلة؛ حتى يكون المتعاقدين على قدر كاف من العلم بما يجوز وما لايجوز، وهما يشترطان على بعضهما البعض.

جماعة الشهود وأثرها في التوثيق

لعل من أهم طرق الإثبات بعد إقامة البينة، جماعة الشهود، ولقد جرى العرف الجزائري على ذلك؛ فلا تجد زواجا ألبتة إلا وحضرته جماعة كبيرة من أقارب الزوجين، ويعبّر هذا التصرف على أصالة المجتمع وقوة تمسّكه بدينه، فهو يطبق في ذلك قول النبي ﷺ « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»[74].

وسنتحدث عن جماعة الشهود من وجهة نظر فقهاء الشريعة والقانون، مبينين في ذلك الأثر الشرعي والقانوني الذي يمكن أن تحدثه هذه الجماعة في توثيق الشروط، وكذا مدى اعتبارها أو عدم اعتبارها أمام الجهة القضائية في فض النزاعات والخصومات.

الفرع الأول: الشهود في نظر الفقه الإسلامي

ينص الفقه المالكي على أنه لا يجوز الدخول بالمرأة دون إشهاد، كما أنه يستحب الإشهاد على العقد، ولكن يصح لو تمّ الإيجاب والقبول دون شاهدين، إلا أن هذا العقد لا تترتب عليه ثمرته، وهي حل العشرة الزوجية ونحوها إلا بعد الإشهاد، وعليه يكون الإشهاد واجبا عند الدخول إذا لم يكن إشهاد عند العقد، فإذا حصل الإشهاد عند العقد يكون قد حصل الواجب والمندوب معا، وكان كافيا عن الإشهاد وقت الدخول، فالإشهاد شرط واجب في دوام النكاح وليس شرط ابتداء.

بينما اشترط جمهور الفقهاء حضور الشاهدين لصحة العقد، فإن تم عقد النكاح بدون حضرة شهود، لم يكن العقد صحيحا؛ لأن الإشهاد شرط للعقد لا الدخول عندهم[75].

قال الإمام ابن رشد[76]: اتفق أبو حنيفة والشافعي ومالك على أن الشهادة من شرط النكاح، واختلفوا هل هي شرط تمام يؤمر به عند الدخول، أو شرط صحة يؤمر به عند العقد؟.
هل الشهادة في ذلك حكم شرعي أم إنما المقصود منها سد ذريعة الاختلاف أو الإنكار؟
وسبب اختلافهم:

فمن قال حكم شرعي قال: هي شرط من شروط الصحة، ومن قال تَوَثُّق قال: من شروط التمام.

وأبو حنيفة ينعقد النكاح عنده بشهادة فاسقين لأن المقصود عنده بالشهادة هو الإعلان فقط، والشافعي يرى أن الشهادة تتضمن المعنيين: أعني الإعلان والقبول ولذلك اشترط فيها العدالة وأما مالك فليس تتضمن عنده الإعلان إذا وصي الشاهدان بالكتمان.

قلت: وكأن جمهور الفقهاء قد أثبتوا المقصود من الشهادة: وهو الإعلان، وأضاف الشافعي على ذلك القبول، وأضاف مالك شرط عدم استكتام الشهود حتى يحصل الإعلان.

والأصل في اشتراط الإعلان قول النبي عليه الصلاة والسلام « أعلنوا هذا النكاح واضربوا عليه بالدفوف »[77]، وقال عمر فيه في رجل لم يُشهِد على نكاحه: هذا نكاح السر ولو تقدمت فيه لرجمت[78].

وخلاصة القول:

أن الشهود في نظر الفقه الإسلامي، لا تخلو مهمة وجودهم من ضرورة إعلانهم لعقد النكاح، وعدم التواصي بكتمانه، لأن الإعلان هو الحد الفاصل بين النكاح والسفاح، كما أن لهم مهمة أخرى هي توثيق العقد سدا لذريعة الاختلاف أو الإنكار أمام القضاء.

يقول الأستاذ بدران أبو العينين: " لقد طلب الشارع إعلان الزواج إظهارا لقدره، وطلب إشهاره بين الناس ليتضح الحلال من الحرام، وتنقطع ألسنة السوء، وليوصد الباب أمام كل من يحاول جحود الزوجية وإنكار العقد، فبالإشهاد يتمكن الشهود من أداء الشهادة على وجهها متى طلبت منهم"[79].

ويقول الأستاذ عبد الوهاب خلاف:" ولأن الغرض من حضور الشاهدين، إعلان الزواج وإشهاره، ولا يشترط فيهما العدالة ولا البصر ولا انتفاء التهمة، فيصح الزواج بشهادة فاسقين أو أعميين، أو ابني الزوجين أو أحدهما، كما يصح بشهادة رجل وامرأتين، وإذا كان الزوجان مسلمين يشترط إسلام الشاهدين"[80].

الفرع الثاني: الشهود في نظر الفقه القانوني

إذا كان قد سبق للزوج أن أبرم عقد زواجه (بالفاتحة) بين يدي جماعة من المسلمين وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية، ووفقا لأحكام المادة 09 و09 مكرر من قانون الأسرة الجديد(أمر02-05)[81]؛ وتهاون أو نسي أن يبرم ذلك الزواج أمام الموثق أو الموظف المؤهل قانونا لتحرير وتسجيل عقود الزواج، فإنه ليس أمامه من سبيل لإثبات عقد زواجه قانونا؛ إلا باللجوء إلى المحكمة ليطلب منها إصدار حكم بتسجيل هذا الزواج، بعد أن يكون قد قدّم إليها كل الأدلة والحجج، والبيانات التي تؤكد قيام عقد زواج بينه وبين الزوجة، بما في ذلك ولي الزوجة والشهود ووكيل الزوج إن وجد وغيره من الأشخاص الذين حضروا إبرام العقد وقراءة الفاتحة، وبعد استصدار مثل هذا الحكم من المحكمة يرسل كاتب الضبط نسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية بالبلدية التي وقع فيها عقد الزواج ليقوم بتسجيل زواج المعنيين في سجلات الحالة المدنية.

وعليه فإن خلاصة ما يمكن أن نقوله في مجال إثبات عقد الزواج وتسجيله، هو أن قانون الأسرة الجزائري قد حدد وسيلة واحدة ووحيدة لإثبات قيام عقد الزواج قانونيا بين أي رجل وامرأة، وهذه الوسيلة الوحيدة التي لا يقبل غيرها هي النسخة المنقولة أو المستخرجة عن وثيقة عقد الزواج المسجلة في سجلات الحالة المدنية.

لذلك فإن الشخص الذي يبرم عقد زواجه بين يدي جهة أخرى وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية وتبعا للإجراءات الفاتحة التي تعارف عليها الناس في بلادنا، فإنه ليس من الممكن

أن يثبت بسهولة عقد زواجه، عندما تطلب منه إحدى الإدارات أو المصالح الوطنية إثبات عقد زواجه إذا أراد أن يحصل على فوائد يمنحه القانون إياها، إلا بعد أن يستصدر حكما من المحكمة تبعا للإجراءات المحددة في قانون الحالة المدنية[82].

إلا أنه، وبالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا نجد أنها لا ترى مانعا في تسجيل الزواج العرفي خاصة إذا لم ينازع فيه أحد الزوجين، حيث نص قرار المحكمة العليا على مايلي:" لا يسوغ اشتراط إثبات الزواج بالحالة المدنية، إذا كان هذا الزواج صحيحا باعتبار الشريعة الإسلامية، خاصة إذا قررته الوقائع ولم ينازع فيه أحد من الطرفين"[83].

وجاء في قرار آخر:" من المقرر فقها وقضاءً بأنه: يعتبر كل زواج صحيحا إذا توافرت فيه أركانه الشرعية ولو كان غير مسجل بالحالة المدنية وتترتب عليه آثاره وكافة الحقوق"[84].

وفي قرار أخر:" متى كان الزواج العرفي متوفرا على أركانه التامة والصحيحة، فإن القضاء بتصحيح هذا الزواج وتسجيله في الحالة المدنية وإلحاق نسب الأولاد بأبيهم، يكون قضاءً موافقا للشرع والقانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[85].

قلت: لا يخفى للمطلع على قرارات المحكمة العليا واجتهاداتها من أنها تأخذ بشهادة الشهود في توثيق الزواج العرفي الذي يتم أمام الأئمة في المساجد وغيرها، وذلك بعد استدعاء جميع الأطراف وتحقق معهم في شأن واقعة الزواج الحاصل، حيث قد جاء في القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ:29 /02 /1988م، ملف رقم:48184:" من المقرر قانونا وشرعا أن الزواج يثبت بالشهود الذين حضروا العقد، أو على الأقل الفاتحة، إذا كانت مشتملة على أركانه أو شهادة السماع، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه، بخرق القانون ومخالفة القواعد الشرعية غير مؤسس يستوجب الرفض.

لما كان من الثابت –في قضية الحال– أن الطاعنة أقرّت على نفسها بأن علاقتها مع المطعون ضده لم تكن شرعية، ولم تقم على عقد مبني على الأركان المعروفة في الزواج، فإن قضاة الموضوع برفضهم لطلب الطاعنة الرامي إلى إثبات زواجها لم يخالفوا الشريعة ولم ينتهكوا القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[86].

وجاء في قرار آخر صادر عن المحكمة العليا في 05 04- 1967-:" إن إثبات الزواج بواسطة الشهود الذين حضروا العقد، يخضع لسلطة قضاة الموضوع، ومدى قناعتهم بالشهادة المقدمة عند التحقيق"[87].

كما أن اجتهاد المحكمة العليا أوضح أن عدم توافق أقوال الشهود يعرّض شهادتهم للبطلان، ولا يمكن للقضاء أن يبني عليها حكماً أبدا، حيث نص القرار على أنه:" من المقرر شرعا أن التناقض في الشهادة يزيل أثرها ويمنع بناء الحكم عليها، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا لأحكام الشريعة.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن أقوال الشاهدين متناقضة، ومن ثم فإن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف والقضاء بصحة الزواج، يكونون قد خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[88].

ومجمل القول:

أن المشرع الجزائري لم يوضّح مسألة شهادة الشهود على موضوع الشروط الاتفاقية بين الزوجين، هل يأخذ بها أو لا؟ وهذا بخلاف بعض المشرعين في البلدان العربية كالكويت والإمارات أين استبعدوا شهادة الشهود واكتفوْا فقط بما هو مدون في وثيقة رسمية، وقد رأينا فيما سبق من قرارات المحكمة العليا الجزائرية أنها تأخذ بشهادة الشهود في توثيق عقد الزواج العرفي، كما أنها ترد شهادتهم عند تناقض أقوال أصحابها، أما مسألة شهادة الشهود على الشروط فلم نتمكن –في حدود جهدنا واطلاعنا– من الحصول على قرارات من غرفة الأحوال

الشخصية بالمحكمة العليا في هذا الصدد، الشيء الذي يُبقي الغموض قائما إلى غاية نشوب خلاف من هذا القبيل، لتقول فيه المحكمة العليا قرارها الفصل باعتبارها الجهة المخولة قانونا في توحيد الاجتهاد القضائي الوطني.

المصادر والمراجع

1. القرطبي محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: هشام سمير البخاري، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، سنة 1423 هـ.،

2. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، سوريا، ط2، سنة 2004م.

3. الزحيلي وهبة بن مصطفى، الفقه الإسلامي وأدلته الشّامل للأدلّة الشّرعيّة والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها، المالكية للإعلام والنشر والتوزيع، الحراش، الجزائر، ط1، سنة 1404هـ.

4. عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية دراسة شرعية قانونية مقارنة، دار البصائر للتوزيع والنشر، حسين داي، الجزائر، ط1، سنة 2007م.

5. أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان قانون الأحوال الشخصية للقضاء في محاكم الكويت، مكتبة الفلاح، الكويت، ط3، سنة 1985م.

6. محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية مع الاشارة إلى ما يقابلها في الشرائع الأخرى، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط1، سنة 1984م.

7. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط2، سنة 2004م.

8. جرجس جرجس، معجم المصطلحات الفقهية والقانونية، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، لبنان، ط1، سنة1996م.

9.المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الثامنة عشرة بمكة، القرار الخامس، بشأن: عقود النكاح المستحدثة.

10.أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط3، سنة 1957م.

11.الخطيب الشربيني، مغني المحتاج في حل ألفاظ المنهاج، دار الفكر، بيروت، لبنان(د.ت).

12.الزركلي خير الدين بن محمود، الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط15، سنة 2002م.

13.الباجي سليمان بن خلف، المنتقى شرح موطأ مالك، تحقيق: محمد عبد القادر أحمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، سنة 1999م.

14.نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، سنة 2003م.

15.ابن حجر الهيثمي، الفتاوى الفقهية الكبرى، دار الفكر، ط1، سنة 1983م.

16.نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، سنة 2006م.

17.وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، دارالسلاسل، الكويت، ط2، سنة 1404هـ.

18.ابن القيم محمد بن أبي بكر، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق: محمد جميل غازي، مطبعة المدني، القاهرة، مصر.

19.علي حيدر أفندي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تحقيق: فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

20.الصنعاني محمد بن إسماعيل، سبل السلام، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط4، سنة 1379هـ.

21.ابن المنذر محمد بن إبراهيم، الإجماع، تحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد، دار المسلم للنشر والتوزيع، الرياض،

السعودية، ط1، سنة 2004م.

22.الشوكاني محمد بن علي ، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،ط1، سنة1995م.

23.محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، سنة 2008م.

24.عبد الكريم شهبون، شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، دار نشر المعرفة للنشر والتوزيع، الرباط، المغرب، (د.ط)، سنة 1987م.

25.بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب السنية ومذهب الجعفرية والقانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان،(د.ت).

26.عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث للطباعة والنشر، قسنطينة، الجزائر، ط1، سنة 1986م.

27.ابن رشد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد الشهير بابن رشد الحفيد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط4، سنة 1975م.

28.عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، ط2، سنة 1990م.

29.بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر(05/02) ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة؛2006-1966، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،ط3، سنة2007 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،ط3، سنة2007.

الهوامش:

1- سورة النساء، الآية 21.

2- انظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن(5/103). والحديث أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ، حديث رقم:3009.

3- المؤيدات: اصطلح القانونيون في مصر على تسميتها بالجزاء، وفي سوريا تسمى المؤيدات، والتأييد في اللغة هو التقوية، ومنه قولهم: أيّدك الله تأييدا، وهو مشتق من "الأَيْد" بمعنى القوة الشديدة، ومنه ما جاء في القرآن العظيم { وَالسَّمَاءَ بَنَيْنَاهَا بِأَيْدٍ وَإِنَّا لَمُوسِعُونَ} (الذريات:47)، وفي الاصطلاح: هي الأحكام التي تكسب التشريع قوة، وتجعله مهيبا مطاعا. ويقابلها في اللغة الفرنسية: Sanctions ومعناها الجزاء والمكافآت التي تمنع مخالفة القانون وتكفل تنفيذه. (انظر: المدخل الفقهي العام للزرقا2/665).

4- د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته(7/53).

5- د. عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ص158.

6-د. أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي ص75.

7- الزواج كالبيع يشترط فيه كونه في الحال، فلا يجوز في المذاهب الأربعة كونه مضافاً إلى المستقبل، كتزوجتك غداً، أو بعد غد، ولا معلقاً على شرط غير كائن، كتزوجتك إن قدم زيد، أو إن رضي أبي، لأن عقد الزواج من عقود التمليكات أو المعاوضات، وهي لا تقبل التعليق ولا الإضافة، ولأن الشارع وضع عقد الزواج ليفيد حكمه في الحال، والتعليق والإضافة يناقضان الحقيقة الشرعية. لكن يصح التعليق بشرط ماض كائن لا محالة، فينعقد العقد في الحال، كأن خطب شخص بنتاً لابنه، فقال أبوها: زوجتها قبلك من فلان، فكذبه، فقال: إن لم أكن زوجتها لفلان، فقد زوجتها لابنك، فقبل، ثم علم كذبه، انعقد العقد، لتعليقه بموجود.(انظر: الفقه الإسلامي وأدلته7/52).

8- العقد المنجز: وهو ما صدر بصيغة غير معلقة على شرط ولا مضافة إلى المستقبل. وحكمه: ترتب الآثار عليه في الحال ما دام مستوفياً لأركانه وشروطه المطلوبة فيه.(انظر: الفقة الإسلامي وأدلته4/600).وعرفه د. محي الدين عبد الحميد بقوله:" العقد المنجز هو الذي لم ترد فيه العبارة المستعملة في إنشائه، عما يدل على

عما يدل على الايجاب والقبول، فلم يقيد الايجاب ولا القبول بشرط، و لم يضف إلى زمان مستقبل، و لم يعلق على شرط، وبعبارة مختصرة: أن تصدر الصيغة عن العاقدين مطلقة غير مقيدة بشيء أصلا".(انظر: الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية مع الاشارة إلى ما يقابلها في الشرائع الأخرى،ص30).

-9 انظر: د.عبد القادر داودي، مرجع سابق،ص158.

-10 عيوب الإرادة، أو عيوب الرضا: هي أمور تلحق إرادة أحد المتعاقدين أو كليهما، فتفسد الرضا دون أن تزيله، وهي أربعة في القانون المدني الجزائري: الغلط- التدليس-الإكراه-الإستغلال.(انظر: شرح القانون المدني الجزائري للدكتور صبري السعدي1/165).

-11 الإكراه: هو إجبار أحد الأشخاص على أن يقوم بعمل من دون وجه حق، ومن دون رضاه، بأسلوب الإخافة والتهويل، ويقع عادة على الفرد بشكل مباشر...(انظر: معجم المصطلحات الفقهية والقانونية للدكتور: جرجس جرجس، ص66).

-12 الغلط: هو ما يقع على ماهية العقد، أو على حقيقة موضوع الموجب، مما يحول دون إنشاء العقد نفسه، فيعد هذا العقد كأن لم يكن.(انظر: معجم المصطلحات الفقهية والقانونية للدكتور: جرجس جرجس، ص253).

-13 ومن التدليس على الزوجة وأهلها، بحيث يعقد الزوج عليها وهو ينوي طلاقها، فلو أخبرها بذلك ما رضيت بالعقد معه، وقد قرر مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثامنة عشرة بمكة المكرمة، بشأن عقود النكاح المستحدثة، قرارا في شأن الزواج بنية الطلاق حيث قال:" الزواج بنية الطلاق وهو : زواج توافرت فيه أركان النكاح وشروطه وأضمر الزوج في نفسه طلاق المرأة بعد مدة معلومة كعشرة أيام، أو مجهولة ؛ كتعليق الزواج على إتمام دراسته أو تحقيق الغرض الذي قدم من أجله، وهذا النوع من النكاح على الرغم من أن جماعة من العلماء أجازوه، إلا أن المجمع يرى منعه ؛ لاشتماله على الغش والتدليس؛ إذ لو علمت المرأة أو وليها بذلك لم يقبلا هذا العقد، ولأنه يؤدي إلى مفاسد عظيمة وأضرار جسيمة تسيء إلى سمعة المسلمين".(انظر: المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الثامنة عشرة بمكة، القرار الخامس ، التاريخ: مابين 08-12/04/2006 بشأن: عقود النكاح المستحدثة:

http://www.muslimworldleague.org/fiqh_res.asp

14- الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية ص60.

15- الوصية: تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ، سواء كان ذلك في الأعيان أو في المنافع، وأما الإيصاء: إقامة غيره مقام نفسه في التصرف بعد الموت. والصلة بين الوصية والإيصاء أن كلا منهما أمر بالتصرف لما بعد الموت، والتفرقة بينهما أن الوصية تمليك والإيصاء العهد إلى من يقوم على من بعده.(انظر: مغني المحتاج في حل ألفاظ المنهاج للخطيب الشربيني 39-3/38).

16- د. أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي ص74.

17- أخرجه الترمذي عن أبي هريرة، كتاب النكاح، باب إذا جاءكم من ترضون دينه(3/394) حديث رقم:1084، قال الشيخ الألباني: حسن.

18- عبد الملك بن حبيب بن سليمان بن هارون السلمي الالبيري القرطبي أبو مروان ؛ عالم الأندلس وفقيهها في عصره. أصله من طليطلة، ولد في إلبيرة سنة174هـ، وسكن قرطبة. وزار مصر، ثم عاد إلى الأندلس فتوفي بقرطبة سنة 238هـ. كان عالما بالتاريخ والأدب، رأسا في فقه المالكية. له تصانيف كثيرة، قيل: تزيد على ألف. منها " حروب الإسلام " و " طبقات الفقهاء والتابعين " و " طبقات المحدثين " و " تفسير موطأ مالك " (انظر: الأعلام للزركلي157-4/156).

19- أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب البيع والشراء مع النساء، حديث رقم: 2074.

20- أشهب بن عبد العزيز بن داود القيسي العامري الجعدي أبو عمرو ، ولد سنة 145هـ، فقيه الديار المصرية في عصره. كان صاحب الإمام مالك. قال الشافعي: ما أخرجت مصر أفقه من أشهب لولا طيش فيه. قيل: اسمه مسكين، وأشهب لقب له. مات بمصر سنة 204هـ.(انظر: الأعلام الزركلي1/333).

21- محمد بن الحسن الشيباني أبو عبد الله: من موالي بني شيبان، إمام بالفقه والأصول، وهو الذي نشر علم أبي حنيفة. ولد بواسط سنة 131هـ.ونشأ بالكوفة، فسمع من أبي حنيفة وغلب عليه مذهبه وعرف به وانتقل إلى بغداد، فولاه الرشيد القضاء بالرقة ثم عزله.ولما خرج الرشيد إلى خراسان صحبه، فمات في الري سنة 189هـ. قال الشافعي: (لو أشاء أن أقول نزل القرآن بلغة محمد ابن الحسن، لقلت، لفصاحته) ونعته الخطيب البغدادي بإمام أهل الرأي، له كتب كثيرة في الفقه والأصول، منها (المبسوط – خ) في فروع الفقه، و (الزيادات – خ) (الآثار – ط) و (السير – ط) و (الموطأ – ط) .(انظر: الأعلام للزركلي6/80).

22- محمد بن أحمد بن عبد العزيز الأموي القرطبي الأندلسي العتبي أبو عبد الله: فقيه مالكي، نسبته إلى عتبة بن أبي سفيان بن حرب، بالولاء. له تصانيف، منها " المستخرجة العتبية على الموطأ – خ " في فقه مالك و " كراء الدور والأرضين – خ " توفي بالأندلس سنة255هـ.(انظر: الأعلام للزركلي5/307).

23- الإمام الباجي، المنتقى في شرح الموطأ(3/190).

24- جذر: هو الأصل من كل شيء.

25- علموا: أي الأمانة.

26- الوكت: أثر النار ونحوها.

27- المَجْلُ: أن يكونَ في اليد بين الجِلْدِ واللحمِ ماءٌ. و المَجْلَةُ: قِشْرَةٌ رقيقةٌ يَجْتَمِعُ فيها ماءٌ من أثَرِ العَمَلِ.

28- التنفط: ما يحصل في اليد من أثر العمل بالفأس ونحوه، أو من مس النار، وهو ماء يجتمع بين الجلد واللحم.

29- منتبراً: مرتفعا.

30- ما أظرفه: ما أحسنه.

31- ما أجلده: ما أقواه وما أصبره.

32- مثقال: وزن.

33- خردل: نبت صغير الحب يضرب به المثل في الصغر.

34- أتى علي زمان: مر علي من قبل.

35- وما أبالي: لا أبحث عن حال من أبايع لثقتي بأمانته.

36- ساعيه: الوالي عليه، يقوم بالأمانة في ولايته، فينصفني ويستخرج حقي منه.

37- فلاناً وفلاناً: يعني أفراداً من الناس قلائل أعرفهم وأثق بأمانتهم.

-38 أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الرقائق، باب رفع الأمانة، حديث رقم:6132.

-39 لقوله ﷺ « لا دين لمن لا أمانة له»، وعن عمرﷺ أنه قال:" لا يغرنك صلاة رجل ولا صيامه؛ من شاء صام ومن شاء صلى؛ ولكن لا دين لمن لا أمانة له". انظر: سنن البيهقي(6/288) حديث رقم:12467.

-40 د. نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، ص125.

-41 قال الإمام ابن حجر الهيثمي: " قول مالك رضي الله عنه: يَحْدُث للناس فتاوى بقدْر ما أحدثوا من الفجور؛ إنما نسب لمالك لأنه أول من قاله، وإلا فغيره من الأئمة بعده يقولون بذلك كما لا يخفى من مذاهبهم، ومن تخيل أن هذا من التمسك بالمصالح المرسلة التي يقول بها مالك، وهي مباينة للشريعة فقد وَهِمَ، وإنما مراده ما أرادته عائشة رضي الله عنها من أن من أحدث أمرا تقتضي أصول الشريعة فيه غير ما اقتضته قبل حدوث ذلك الأمر، يجدد له حكم بحسب ما أحدثه لا بحسب ما كان قبل إحداثه، قال بعض المحققين: وقولها ذلك بمنزلة الخبر لا من قول الصحابي المختلف في كونه حجة، لأنها اطلعت منه ﷺ أنه إذا اطلع على ما أحدثت النساء لمنعهن، ويؤيد ذلك حديث ابن ماجه عنها-أي عائشة-:" بينما رسول الله ﷺ جالس في المسجد إذ دخلت امرأة مُزَيَّنَة ترفل في زينة لها في المسجد فقال ﷺ : «يا أيها الناس انهوا نساءكم عن لبس الزينة والتبختر في المسجد؛ فإن بني إسرائيل لم يلعنوا حتى لبس نساؤهم الزينة وتبختروا في المساجد»، قال بعض المتأخرين: وفيه دليل لتحريم الفعل لترتب اللعن عليه، وإذا كانت المرأة لا تخرج إلا كذلك منعت، واعتذر في الإحياء عن قول بعض أولاد عبد الله بن عمر لما ذكر حديث لا تمنعوا إماء الله، بلى والله لنمنعهن فضرب صدره وغضب-وهو بلال بن عبد الله بن عمر-، قال الغزالي: وإنما استجرأ على المخالفة-أي بلال- لعلمه بتغير الزمان، وإنما غضب عليه لإطلاق اللفظ بالمخالفة ظاهرا من غير عذر، فتأمله تجده صريحا في اعتماد ما مر عن عائشة رضي الله عنها ".(انظر: الفتاوى الفقهية الكبرى1/200).

-42 مصطفى أحمد الزرقا ولد بمدينة حلب سنة 1904م، انتقل إلى دمشق للتدريس في كلية الحقوق عام 1944م، وبقي فيها أستاذاً للحقوق المدنية والشريعة، حتى بلوغه سن التقاعد في آخر عام 1966م، ودرس في معهد الدراسات العربية العالية، التابع لجامعة الدول العربية بالقاهرة، ثم درس في كلية الشريعة في الجامعة الأردنية عام 1971م، وعندما عُين الشيخ الزرقا أستاذاً لتدريس الحقوق المدنية والشريعة الإسلامية، عرض الفقه بأسلوب عصري جديد، فقرَّب الفقه، وحلَّ عقده، وقد وفقه الله لإخراج سلسلتين من المؤلفات:

أولاهما: السلسلة الفقهية، وعنوانها العام:" الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد"، في أربعة مجلدات: الجزء الأول والثاني: " المدخل الفقهي العام" والجزء الثالث:" المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي"، والجزء الرابع:" العقود المسماة في الفقه الإسلامي : عقد البيع".، وأما السلسلة الثانية: فتتألف من ثلاث مجلدات في:" شرح القانون المدني السوري". واختارته وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت سنة 1966 خبيراً للموسوعة الفقهية، وبقي في الكويت خمس سنوات قائماً بهذه المهمة خير قيام، ومن أواخر ما صدر للشيخ رحمه الله تعالى:" فتاوى مصطفى الزرقا"،وتوفي الشخ رحمه الله سنة1420هـ/2000م.(انظر:موقع (http://www.alkeltawia.com/vb/showthread.php/-4565/index.html?t=4565).

43- أحمد بن عبد الغني بن عمر المشهور بابن عابدين، فقيه حنفي، ولد بدمشق سنة 1238هـ، تولى الإفتاء في بعض المدن الصغيرة ثم عين أمينا للفتوى مع السيد محمود حمزة مفتي دمشق. له نحو 20 كتابا ورسالة، مات بدمشق سنة 1307هـ.(انظر: الأعلام الزركلي1/152).

44- الأستاذ. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام (1/110-111).

45- نبيل صقر، باحث في القانون، ورئيس تحرير مجلة" الفكر القانوني"، محامي ومدير "الموسوعة القضائية الجزائرية"، له أكثر من 30 مؤلفا، منها:-قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الاجتهاد القضائي- الإجراءات الجزائية المكملة في القوانين الخاصة-جرائم المخدرات في التشريع الجزائري-جرائم الكمبيوتر والأنترنيت في التشريع الجزائري...وغيرها(انظر: قانون الأسرة، نصا وفقها وتطبيقا، للأستاذ نبيل صقر،ص414).

46- الأستاذ. نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، ص56.

47- الموسوعة الفقهية الكويتية(1/232).

48- عبد الله بن محمد بن فرحون اليعمري المالكي أبو محمد ،: فقيه، من العلماء بالحديث، أصله من تونس، ومولده ومنشأه في المدينة. ولد سنة 693هـ، وتوفي سنة 769هـ، من كتبه: " الدر المخلص من التقصي والملخص" في الحديث، و "كشف المغطى في شرح مختصر الموطا" أربع مجلدات، و "العدة – خ" في إعراب عمدة الأحكام في الحديث، مجلدان. (انظر: الأعلام الزركلي4/126).

49- ابن القيم، الطرق الحكمية، ص34.

-50 جاء في الموسوعة الفقهية(1/237): " أما إذا قال المدعي: لي بينة حاضرة في المصر، ولكن أطلب يمين المدعى عليه، فأبو حنيفة ومحمد – فيما رواه الطحاوي عنه – يريان أنه لا حق له في طلب اليمين، لأن اليمين بدل عن البينة" قلت: ويفهم من هذا أن البينة هي طريق آخر من طرق إثبات الدعوى، وهي ما يعرف في الفقه القانوني بالسند.

-51 يجب أن تكون عن مشاهدة وعيان ولا يكفي فيها التخمين والحسبان... فلو شهد شاهد قائلا : أشهد حسب ظني، أو حسب علمي بكذا، فلا تقبل شهادته (انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر4/305).

-52 الموسوعة الفقهية الكويتية(6/47).

-53 الدعوى في الاصطلاح: مباينة للإقرار، فهي قول مقبول عند القاضي، يقصد به طلب حقٍّ قِبَلَ الغير، أو دفع الخصم عن حق نفسه.(انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية6/47).

-54 رواه مسلم في صحيحه، كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه، حديث رقم:4567.

-55 أي أصل الخالقة التي خلق عليها المولود في بطنه أمه، حيث أنه يولد وليس في ذمته شيء من حقوق الغير.

-56 الإمام الصنعاني، سبل السلام (4/132).

-57 رواه البيهقي في السنن الكبرى من حديث ابن عباس، كتاب الدعاوى والبينات، باب البينة على المدعي واليمين على من أنكر، (10/252)، قال أبو عيسى: هذا حديث حسن صحيح والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، قال الشيخ الألباني : صحيح.(انظر: سنن الترمذي3/626).

-58 أجمعوا على أن شهادة الرجل المسلم البالغ العاقل الحر الناطق المعروف النسب البصير، الذي ليس بوالد المشهود له، ولا ولد ولا أخ، ولا أجير، ولا زوج، ولا خصم، ولا عدو، ولا شريك، ولا وكيل، ولا جار بشهادته إلى نفسه شيئا، ولا يكون صاحب بدعة، ولا شاعر يعرف بإذاية الناس، ولا لاعب بالشطرنج يشتغل، ولا شارب الخمر، ولا قاذف المسلمين ولم يظهر منه ذنب؛ وهو مقيم عليه صغير أو كبير، وهو ممن يؤدي الفرائض ويتجنب المحارم: جائزة، يجب على الحاكم قبولها، إذا كانا رجلين، أو رجلا وامرأتين. (انظر: الإجماع لابن المنذرص66-65).

-59 رواه الطبراني في المعجم الأوسط من حديث أبي هريرة (6/264)، والمتقي الهندي في كنز العمال، أحكام النكاح، الولاية والاستئذان (16/308)، قال الإمام الشوكاني: " قال الترمذي: والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وآله وسلم ومن بعدهم من التابعين وغيرهم قالوا " لا نكاح إلا بشهود "، لم يختلفوا في ذلك من مضى منهم، إلا قوم من المتأخرين من أهل العلم، وإنما اختلف أهل العلم في هذا إذا شهد واحد بعد واحد، فقال أكثر أهل العلم من الكوفة وغيرهم؛ لا يجوز النكاح حتى يشهد الشاهدان معا عند عقدة النكاح، وقد روى بعض أهل المدينة إذا شهد واحد بعد واحد فإنه جائز إذا أعلنوا ذلك، وهو قول مالك بن أنس وغيره . وقال بعض أهل العلم يجوز شهادة رجل وامرأتين في النكاح وهو قول أحمد وإسحاق انتهى كلام الترمذي.(نيل الأوطار6/134).

-60 القضاء: هو سلطة مستقلة اتجاه السلطات الأخرى، في تحقيق الدعاوى والحكم فيها، لا يحد من استقلالها أي قيد لا ينص عليه الدستور. .(انظر: معجم المصطلحات الفقهية والقانونية، د.جرجس جرجس، ص262).

-61 المادة10 من قانون89/22 المؤرخ في 12/12/89" تعمل المحكمة العليا على تدعيم وتوحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد، وتسهر على احترام القانون".

-62 د. نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد ص114.

-63 د. أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان قانون الأحوال الشخصية للقضاء في محاكم الكويت، ص78.

-64 شبكة المعلومات القانونية لدول التعاون الخليجي، http://www.gcc-.org/MojPortalPublic/DisplayLegislations.aspx?country=2&LawTreeSectionID=6083 legal

-65 د. نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، ص118.

-66 د. محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ص137.

-67 الأستاذ. عبد الكريم شهبون، شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية (ج1/139-142).

68- الأستاذ. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون (ج1/78-79).

69- انظر: د. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص151.

70- انظر: د. عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص152-153.

71- القاعدة الآمرة: هي القاعدة التي لا يجوز للإفراد الاتفاق على خلاف ما جاء في أحكامها، و كل اتفاق على خلافها يكون باطلا.

72- د. عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص155.

73- د. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص156 وما بعدها.

74- سبق تخريجه، انظر الهامش 59.

75- انظر: د. عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ص135-136.

76- محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الأندلسي أبو الوليد ،الفيلسوف، من أهل قرطبة، ولد سنة520هـ، ويلقب بابن رشد " الحفيد " تمييزا له عن جده (المتوفى سنة 520)، وصنف نحو خمسين كتابا، منها " التحصيل " في اختلاف مذاهب العلماء، و " فصل المقال فيما بين الحكمة والشريعة من الاتصال – ط " وتهافت التهافت – ط " في الرد على الغزالي، و " بداية المجتهد ونهاية المقتصد – ط " في الفقه، و " الكليات – ط " في الطب، ترجم إلى اللاتينية والاسبانية والعبرية، توفي بمراكش سنة 595هـ.

77- أخرجه الترمذي في سننه عن عائشة بزيادة لفظ:" واجعلوه في المساجد" بين اللفظة الأولى والثانية، قال أبو عيسى: هذا حديث غريب حسن في هذا الباب، وعيسى بن ميمون الأنصاري يُضعّف في الحديث، وعيسى بن ميمون الذي يروي عن ابن أبي نجيح التفسير هو ثقة، قال الشيخ الألباني : ضعيف إلا الإعلان. (انظر: سنن الترمذي3/398).

78- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (2/17-18).

-79 بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب السنية ومذهب الجعفرية والقانون (ج1/61).

-80 الأستاذ. عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ص26.

-81 المادة 09: " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، المادة 09 مكرر: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: -أهلية الزوج-الصداق- الولي- شاهدان-انعدام الموانع الشرعية للزواج".

-82 د. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص142-141.

-83 المحكمة العليا، غرفة القانون الخاص، 1968-06-26، مجموعة الأحكام، وزارة العدل، ج1، ص45، نقلا عن: د. بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر(05/02) ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة؛2006-1966، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،ط3، سنة2007، ص94.

-84 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 1982-11-12، ملف رقم:28784، نشرة القضاة 1986،ج2،ص 32، نقلا عن: د. بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر(05/02) ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة؛2006-1966، مرجع سابق، ص55.

-85 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 1989-12-25، ملف رقم: 58224، المجلة القضائية 1991، ج4، ص110، نقلا عن: د. بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر(05/02) ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة؛2006-1966، مرجع سابق، ص61.

-86 المجلة القضائية1991م، عدد01، ص49، نقلا عن: د. بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر(05/02) ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة؛2006-1966، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،ط3، سنة2007، ص29.

-87 المجلة القضائية 1968، عدد01، ص153، نقلا عن: د. بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر(05/02) ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة؛2006-1966، مرجع سابق، ص99.

-88 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 1990-03-19 ملف رقم: 58788، المجلة القضائية 1991، عدد 01، ص59، نقلا عن: د. بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر(05/02) ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة؛1966-2006، مرجع سابق، ص61.